

Il Consiglio di Stato torna sulla vexata quaestio del termine di impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara

di Benedetta Risolo

Data di pubblicazione: 23-7-2015

Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2015, n. 3126

Presidente Cirillo; Estensore Capuzzi

L'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla P.A., assume la veste di controinteressato nel ricorso proposto dal concorrente escluso, quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara di modo che il nominativo dell'aggiudicatario risulti dal medesimo verbale contenente l'esclusione, potendo il concorrente escluso rendersi così conto del fatto che la sua impugnativa avverso l'esclusione, che è atto conclusivo del procedimento, incide sulla posizione di altro soggetto il quale ha diritto a potersi difendere per mantenere lo status qua allo stesso favorevole, e ciò tenuto conto anche di esigenze di celerità e speditezza del procedimento di gara (Riforma della sentenza breve del T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, n. 1004/2014).

La piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione da una gara pubblica implica la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, co. 5, D.Lgs. n. 163/2006 (Riforma della sentenza breve del T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, n. 1004/2014).

Non spetta alcuna legittimazione a contestare gli esiti della gara o comunque il suo svolgimento al concorrente escluso dalla gara, per il quale l'atto di esclusione non sia stato in qualche modo rimosso (Riforma della sentenza breve del T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, n. 1004/2014).

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10580 del 2014, proposto da:

R.V. spa in qualità di mandataria con C.S. Srl in qualità di mandante in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. ***, con domicilio eletto presso ***;

contro

R.S.I. spa in qualità di mandataria in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ***, con domicilio eletto presso ***; S. srl in qualità di mandante R.;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale n. 1 di S. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***, con domicilio eletto presso ***;

sul ricorso numero di registro generale 1412 del 2015, proposto da:

Azienda Sanitaria Locale n.1 S. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***, con domicilio eletto presso ***;

contro

S.I. spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ***, con domicilio eletto presso ***; S. Srl;

nei confronti di

V. Spa, C.S. Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.a.r. Sardegna - Cagliari Sezione I n. 01004/2014

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.I. Spa in qualità di mandataria R., di Azienda Sanitaria Locale n. 1 di S. e di S.I. spa;

Visto l'appello incidentale di S.I. spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati ***;

FATTO

1. - I due appelli, rispettivamente proposti dal R.V. s.p.a. e C.S. e dall'Azienda Sanitaria Locale n.1 S., devono essere riuniti ai fini di una unica decisione in quanto diretti avverso la medesima sentenza.

Occorre effettuare una breve ricostruzione in fatto del procedimento di gara. Il 18 novembre 2013 venivano aperte le buste contenenti le offerte economiche della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione per i degenti delle strutture dell'Asl n.1 di S. in unione d'acquisto con l'Azienda Ospedaliera Universitaria di S. Il R.S. risultava aggiudicatario provvisorio del lotto 2. In seduta pubblica, il 13 marzo 2014, il R.S. veniva escluso dalla gara sul rilievo della Commissione di gara di avere presentato una offerta anomala; nella medesima seduta veniva aggiudicato il lotto provvisoriamente alla seconda classificata V. spa (verbale di gara n.5). Il R.S. con il ricorso introduttivo impugnava il solo provvedimento di esclusione dal lotto n.2, mentre successivamente, in data 17 maggio 2014, oltre il termine decadenziale di 30 giorni dalla data di conoscenza della aggiudicazione provvisoria, notificava un primo motivo aggiunto in data 23.5.2014 avverso la detta aggiudicazione provvisoria. In data 15.7.2014 impugnava anche la aggiudicazione definitiva e in tale sede articolava motivi di doglianza diretti contro gli atti di nomina della commissione di gara. All'esito del giudizio, con la sentenza odiernamente appellata n.1004/2014, il Tar Sardegna riteneva la legittimità della esclusione di S. dalla gara per anomalia della offerta, tuttavia dichiarava illegittime le modalità seguite dalla amministrazione per la nomina della commissione di gara con conseguente caducazione della intera procedura.

DIRITTO

2. - Negli atti di appello si censura la erroneità della sentenza del Tar sotto svariati profili ed in specie per non avere dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado come eccepito dalle resistenti e per intrinseca contraddittorietà della sentenza che prima avrebbe affermato la correttezza della esclusione del R. S. da parte della commissione per anomalia della offerta e poi, a fronte di motivi aggiunti, avrebbe censurato l'intera procedura per illegittima composizione della commissione di gara. Ha presentato appello incidentale il R.S. censurando l'errore del primo giudice nell'esame dei motivi rubricati in primo grado sub nn.I, II,III, riferiti all'anomalia della offerta e alla esclusione del R. medesimo e l'errore con riferimento all'esame del motivo sub IV, per violazione dell'art. 84 co.10 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e 283 del D.P.R. n. 207 del 2010 , violazione del disciplinare di gara, violazione dei principi generali delle procedure ad evidenza pubblica in punto di nomina delle commissioni esaminatrici. Sono state depositate numerose memorie difensive. Il R.V. ha dedotto la inammissibilità dell'appello

incidentale presentato dal R.S. in quanto notificato alla Asl S. presso la propria sede e non al domicilio eletto dalla parte per il giudizio di primo grado e risultante dalla sentenza. La S. ha replicato con memoria depositata in data 29 maggio 2015. Alla pubblica udienza dell'11 giugno 2015 le due cause sono state trattenute in decisione.

3. - Con il primo motivo entrambe le appellanti hanno censurato il rigetto da parte del Tar della eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti. Il motivo è fondato. Occorre infatti sottolineare che al momento in cui veniva deliberata la esclusione del R.S. in seduta pubblica, in data 13 marzo 2014, erano presenti, per la mandataria S., il sig. P.F.P. e per la mandante Se., il signor A.T., appositamente muniti di deleghe e che nella stessa data e con lo stesso verbale si procedeva all'aggiudicazione provvisoria a favore dell'ati V. L'aggiudicazione provvisoria non veniva impugnata con il ricorso introduttivo che ha avuto per oggetto la sola esclusione di S.. Solo in data 15/17 maggio 2014, con motivi aggiunti, il R.S. ha proceduto alla impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria sebbene, come visto, la stessa fosse stata conosciuta già dal 13 marzo, salvo poi impugnare anche la aggiudicazione definitiva e la composizione della Commissione di gara con i secondi motivi aggiunti. Occorre quindi focalizzare alcuni punti nodali ai fini della decisione:

a) la decorrenza del termine di impugnazione di un provvedimento espresso verbalmente in sede di seduta pubblica alla presenza di rappresentanti dell'impresa appositamente muniti di deleghe;

b) il rapporto di contestualità tra esclusione e aggiudicazione provvisoria e la posizione di eventuali controinteressati.

Sul punto sub a) la Sezione richiama l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che ha rilevato: "La piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione implica la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, co. 5, del codice dei contratti pubblici. Merita, infatti, condivisione l'indirizzo ermeneutico alla stregua del quale l'art. 120 co. 5 c.p.a., non prevedendo forme di comunicazione "esclusive" e "tassative", non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita, come accaduto nel caso di specie, con forme diverse di quelle dell'art. 79 cit. "(cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; V, 6284 del 27 dicembre 2013).

In ordine al punto b) l'orientamento giurisprudenziale a cui la Sezione intende aderire è nel senso che l'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla p.a., assume la veste di controinteressato nel ricorso proposto dal concorrente escluso, quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara di modo che il nominativo dell'aggiudicatario risulti dal medesimo verbale contenente l'esclusione, potendo il concorrente escluso rendersi così conto del fatto che la sua impugnativa avverso l'esclusione, che è atto conclusivo del procedimento, incide sulla posizione di altro soggetto il quale ha diritto a potersi difendere per mantenere lo status quo allo stesso favorevole, e ciò tenuto conto anche di esigenze di celerità e speditezza del procedimento di gara (Cons. Stato, V, 27 ottobre 2005, n. 6004 ; VI, 2 maggio 2011, n. 2580 : V, 2 febbraio 2012, n. 569; III, 1 febbraio 2012, n. 493; da ultimo Cons. Stato, V, 27.10.2014 n.5279).

Per superare tali argomentazioni delle appellanti, il R.S. ha controdedotto che il R.V., alla data del 13.3.2014, non poteva validamente essere dichiarato aggiudicatario provvisorio non essendo stata, la offerta presentata da R., ancora sottoposta al procedimento di verifica della

anomalia. Ma la argomentazione del R.S. non è condivisibile.

Occorre sottolineare che il seggio di gara si era così espresso "...dichiara nuova aggiudicataria provvisoria del lotto n.2 la ditta V." per cui la tesi sostenuta che V. non poteva essere dichiarata aggiudicataria provvisoria avrebbe dovuto essere formulata in primo grado al fine di annullare la aggiudicazione provvisoria. Ma essendo rimasta inoppugnata in primo grado con il ricorso introduttivo la declaratoria di aggiudicazione provvisoria del 13.3.2014 in favore del R.V., la posizione di aggiudicataria provvisoria non poteva essere messa in discussione; del resto lo stesso Tar nella sentenza appellata dava per acquisita la aggiudicazione provvisoria a favore del R.V. e tale punto della sentenza non è stato oggetto di gravame. Il ricorso introduttivo era pertanto inammissibile in quanto la impugnazione non è stata indirizzata ritualmente, oltre che nei confronti della esclusione del R. ricorrente, anche nei confronti della R.V., aggiudicataria provvisoria e portatrice quindi di un interesse contrapposto a quello del R.S.

4. - Posta dunque la pronunzia di inammissibilità del ricorso introduttivo in primo grado avverso la esclusione del R.S., non possono essere oggetto di esame le censure articolate dal R.S. nell'appello incidentale avverso la dichiarata anomalia della offerta, reiterative delle censure proposte in primo grado respinte dal Tar.

5. - Quanto al motivo accolto dal Tar relativo alla illegittimità della nomina della commissione di gara, ritiene la Sezione che la ricorrente non avrebbe potuto impugnare con i secondi motivi aggiunti tale nomina in quanto era suo onere proporre tale contestazione tempestivamente, all'atto della esclusione dalla procedura. E ciò secondo due concomitanti profili. Sotto un primo profilo è indubbio che la disposta esclusione che determinava la definitiva estromissione dalla gara di S. si atteggiava come atto conclusivo del procedimento. Ora se è ipotizzabile, secondo i noti principi (AP n.4/2011), l'interesse strumentale del partecipante alla gara alla riedizione della procedura, nel caso in esame, venuta meno, per la inammissibilità del ricorso avverso la esclusione (per mancata notifica al R.V.), la posizione del R.S. di concorrente partecipante alla gara e ricondotta la sua posizione a quella di concorrente legittimamente escluso, lo stesso non poteva vantare alcuna legittimazione a contestare con successivi motivi aggiunti la composizione della commissione. Ogni censura attinente alla nomina della commissione non poteva che svolgersi unitamente alla estromissione dalla gara, atto conclusivo del procedimento di partecipazione alla gara. Una volta escluso dalla gara, il R.S. veniva a perdere ogni posizione differenziata che lo potesse legittimare a censurare la composizione della commissione.

Al riguardo questo Consiglio di Stato ha rilevato testualmente: "...la situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura costituisce la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso. La posizione sostanziale differenziata che radica la legittimazione al ricorso non è instaurata dal solo fatto storico della iniziale partecipazione alla gara, indipendentemente dalla successiva esclusione, oppure dall'accertamento della sua illegittimità. La legittimazione del concorrente che abbia partecipato alla gara può quindi essere impedita dall'inoppugnabilità dell'atto di esclusione perché non impugnato, o perché giudicato immune dai vizi denunciati dalla parte interessata. Da ciò discende che la mera partecipazione di fatto alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso: la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo deriva infatti, secondo l'Adunanza Plenaria (n.4/2011), da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto si deve concludere che non spetta alcuna legittimazione a contestare gli

esiti della gara o comunque il suo svolgimento al concorrente escluso dalla gara, per il quale l'atto di esclusione non sia stato in qualche modo rimosso" (Sez. V n.3994/2012 del 9.7.2012). Nel caso in esame è facile rimarcare la intrinseca contraddittorietà della sentenza gravata che prima ha accertato la legittimità della esclusione del R.S. dalla gara e poi ha accolto le censure dalla medesima proposte avverso l'iter procedurale seguito dalla amministrazione per la nomina della commissione. Il giudice di primo grado, una volta accertata la legittimità della esclusione del R.S., avrebbe dovuto rilevare la carenza di interesse e la tardività delle contestazioni sullo svolgimento della procedura di gara essendo il R.S. ormai titolare di una semplice situazione di fatto.

Sotto altro concomitante profilo si aggiunga che il R.S. aveva avuto la conoscenza degli atti riguardanti la nomina della commissione di gara sin dal 29.7.2013, al procedimento pubblico di scelta dei commissari in cui erano presenti tanto la signora G.A. della ditta Se., che la signora M.T.P. della S.I.; con l'effetto che al momento della esclusione dalla gara, le relative censure contro la commissione erano dalla stessa ricorrente già proponibili. Del resto la documentazione relativa alla nomina della commissione di gara è stata pure richiesta espressamente dalla mandante e consegnata in data 7.5.2014, quindi 70 giorni prima della presentazione del ricorso per motivi aggiunti. Pertanto le censure in ordine alla composizione della commissione di gara risultavano palesemente tardive. Risulta quindi evidente la inammissibilità/irricevibilità del ricorso in primo grado anche avverso i secondi atti di motivi aggiunti.

6. - In conclusione la sentenza appellata merita integrale riforma:

- a) in quanto non ha dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo per mancata notifica al R.V.;
- b) in quanto ha accolto la censura relativa alla nomina della commissione pur essendo tale censura inammissibile e tardiva per i motivi già sopra evidenziati.

L'appello incidentale del R.S. deve essere dichiarato inammissibile.

Sussistono motivi, atteso l'andamento e la peculiarità della vicenda, per compensare integralmente spese ed onorari.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto in riforma della sentenza appellata dichiara inammissibile il ricorso di primo grado e i successivi motivi aggiunti. Dichiara inammissibile l'appello incidentale proposto dal R.S.. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA SENTENZA

Secondo il disposto dell'articolo 120 codice del processo amministrativo l'impugnazione di un atto di gara, quale l'atto di esclusione di un'impresa, deve avvenire entro e non oltre trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 codice dei contratti pubblici, ovvero dalla conoscenza effettiva dell'atto. Pertanto, ai fini di una corretta applicazione della norma citata, è necessario chiedersi se la norma sopra richiamata abbia un contenuto formale in senso stretto, ovvero se sia invece opportuno guardare allo scopo della stessa in termini di effettiva conoscenza ai fini di individuare correttamente il dies a quo per la decorrenza del termine di impugnazione.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia offre uno spunto di riflessione circa la possibilità di realizzare un bilanciamento tra esigenza di sostanzialismo nelle scelte dell'amministrazione e dovere di formalismo non fine a se stesso, ma necessitato dal rispetto di norme "imperative" aventi contenuto sostanzialistico.

Il quinto comma dell'articolo 120 cpa dispone che per impugnare l'atto di aggiudicazione di una gara pubblica il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, va proposto nel termine di trenta giorni, a decorrere, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del codice degli appalti, ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Il legislatore del codice si astiene dall'imporre una formale comunicazione ai sensi del quinto comma dell'articolo 79 codice dei contratti pubblici, ispirandosi a ragioni di snellezza e celerità del contenzioso. Lo scopo sotteso dalla norma è il rispetto della effettiva conoscenza da parte del ricorrente delle motivazioni di esclusione della procedura di evidenza pubblica, anche prescindendo da qualsivoglia sorta di comunicazione esclusiva e tassativa. Secondo i giudici di Palazzo Spada infatti l'orientamento da condividere è quello secondo cui la piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione implica la decorrenza del termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, co. 5, del codice dei contratti pubblici. Infatti, l'articolo 120 co. 5 c.p.a., sopra richiamato non prevedendo forme di

comunicazione "esclusive" e "tassative", non incide in alcun modo sulle regole processuali generali del processo amministrativo, con precipuo riferimento alla possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita, come accaduto nel caso di specie, con forme diverse di quelle dell'art. 79 cit.(cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6284; Cons. Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). Quanto finora osservato è condivisibile altresì secondo la giustizia comunitaria, che promuove il principio secondo cui il termine per proporre un ricorso in materia di appalti pubblici decorre dalla data in cui il ricorrente sia effettivamente venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto venire a conoscenza, del fatto da cui si computa il termine decadenziale. L'obiettivo perseguito, sottolinea la Corte di Giustizia, è la celerità del contenzioso, promossa dalla stessa direttiva ricorsi, e non consente agli Stati membri di prescindere dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, evidentemente leso solo laddove le modalità di applicazione del termine di decadenza rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti spettanti agli operatori economici concorrenti – circostanza impedita dalla effettiva conoscenza in capo al ricorrente (Corte giust. UE, sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, *Uniplex UK Ltd*).

Diversamente opinando, e cioè richiedendo comunque per la piena conoscenza l'effettiva ostensione degli atti di gara mediante accesso formale (artt. 13, D.Lgs. n. 163 del 2006 e 23 ss., L. 7 agosto 1990, n. 241), si dilaterrebbe eccessivamente il termine breve di impugnativa e le esigenze di accelerazione insite nel rito appalti, potendo l'interessato, a proprio piacimento, inoltrare istanza di accesso agli atti e avendo l'Amministrazione ulteriori trenta giorni dal ricevimento dell'istanza per definire il procedimento^[1].

Una seconda problematica che la sentenza in rassegna analizza, riguarda il rapporto di contestualità tra esclusione e aggiudicazione provvisoria e la posizione di eventuali controinteressati. La terza sezione del Supremo Consiglio, sul punto, fa proprio l'orientamento che vede l'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto indetta dalla p.a., nelle vesti di controinteressato nel ricorso proposto dal concorrente escluso, nel momento in cui l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara di modo che il nominativo dell'aggiudicatario risulti dal medesimo verbale contenente l'esclusione, potendo il concorrente escluso rendersi così conto del fatto che la sua impugnativa avverso l'esclusione, che è atto conclusivo del procedimento, incide sulla posizione di altro soggetto il quale ha diritto a potersi difendere per mantenere *lo status qua* allo stesso favorevole, e ciò tenuto conto anche di esigenze di celerità e speditezza del procedimento di gara (Cons. Stato, V, 27.10.2014 n. 5279; Cons. Stato, III, 1 febbraio 2012, n. 493; Cons. Stato, V, 2 febbraio 2012, n. 569; Cons. Stato, VI, 2 maggio 2011, n. 2580; Cons. Stato, V, 27 ottobre 2005, n. 6004).

L'orientamento espresso dai giudici di Palazzo Spada non si configura come innovativo, in quanto sulla decorrenza del termine di impugnazione di esclusione da gare pubbliche si erano già ampiamente pronunciati in tal senso. Il Consiglio di Stato infatti, in più di un'occasione non ha mancato di evidenziare come il codice del processo amministrativo, all'articolo 120 quinto comma, prescinda dall'invio di una comunicazione formale di cui all'articolo 79 codice degli appalti, e non preveda alcuna forma di comunicazione esclusiva o tassativa idonea ad incidere

in maniera rilevante sulle regole processuali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6284; Cons. Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). Ancora una volta ciò che viene in rilievo è la effettiva conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione, circostanza di per sé idonea a fare decorrere il termine decadenziale a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, co. 5, del codice dei contratti pubblici.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento si inserisce in un recente filone che, prendendo le mosse dalle pronunce nn. 6531/2011, 4593/2012 e 6284/2013 tende a riconoscere maggior valore all'aspetto sostanzialistico nelle controversie in materia di procedure a evidenza pubblica rispetto a quello rigorosamente formale. La Terza Sezione, partendo dall'esigenza di garantire l'accesso alla tutela giurisdizionale nel prisma dell'effettività della tutela stessa, effettua un bilanciamento tra aspetti sostanzialistici e formalistici che permeano le procedure di evidenza pubblica, mostrando di preferire la prima impostazione. La pronuncia offre uno spunto di riflessione circa la possibilità di realizzare un bilanciamento tra esigenza di sostanzialismo e dovere di formalismo non fine a se stesso, ma necessitato dal rispetto di norme "imperative" aventi contenuto sostanzialistico.

La giurisprudenza di Palazzo Spada si è mostrata spesso favorevole a tale impostazione. In particolare si menziona una sua recente pronuncia che chiarisce infatti che il verbale delle operazioni di una gara d'appalto da cui risulti che un rappresentante – munito di delega – di una determinata impresa abbia preso parte alla seduta pubblica durante la quale questa sia stata esclusa, è idoneo a dare prova della effettiva contezza in capo a tale impresa delle motivazioni della esclusione, e di conseguenza a far decorrere il termine per la relativa impugnazione dell'atto. Oltretutto, i supremi giudici amministrativi, evidenziano che ai fini della decorrenza del termine decadenziale – e, a monte, della prova della effettiva conoscenza in capo all'impresa delle motivazioni dell'esclusione dalla gara – non rileva che tale impresa non abbia conferito al proprio rappresentante alcun potere specifico, in ordine alla manifestazione della volontà dell'impresa (Cons. Stato Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6284). Ai fini della prova della conoscenza da parte della ricorrente dell'atto di esclusione, è pacificamente sufficiente che il rappresentante abbia potuto avere cognizione dell'esclusione dalla gara della società rappresentata^[2].

Secondo la decisione in rassegna "nel caso in cui dal verbale delle operazioni di una gara d'appalto risulti che, nel corso di una seduta pubblica, alla quale ha partecipato, in forza di delega, un rappresentante di una impresa, sia stata dichiarata l'esclusione dalla gara dell'impresa stessa (nella specie, l'esclusione era stata dichiarata oralmente), deve ritenersi che la suddetta partecipazione determini la piena conoscenza degli atti di gara in capo

all'impresa e faccia decorrere il termine per la relativa impugnazione, a nulla rilevando che la medesima impresa non abbia conferito al proprio rappresentante alcun potere specifico, in ordine alla manifestazione della volontà dell'impresa, essendo sufficiente, per la conoscenza da parte della ricorrente dell'atto di esclusione, che il rappresentante abbia potuto avere cognizione dell'esclusione dalla gara della società rappresentata". Le argomentazioni di senso contrario vertevano su quattro ordini di ragioni:

a) la non rilevanza esterna dell'attività della commissione di gara, atteso che la sua attività acquisisce rilevanza esterna solo se recepita e approvata dagli organi competenti dell'amministrazione appaltante;

b) la comunicazione della commissione, in quanto avvenuta oralmente, sarebbe priva di valore giuridico;

c) la deroga al *dies a quo* del termine di impugnazione contenuta nell'art. 120 c.p.a. rispetto alla comunicazione formale prevista dall'art. 79 del codice degli appalti, non opererebbe allorché l'amministrazione abbia comunque effettuato la comunicazione;

d) l'orientamento giurisprudenziale che ritiene perfezionata la conoscenza dell'atto di esclusione sin dal momento della sua adozione da parte della commissione di gara, in caso di presenza di un rappresentante dell'impresa allo svolgimento delle operazioni, non sarebbe applicabile al caso di specie, non avendo la ditta conferito alcun potere specifico al soggetto presente alle operazioni di gara.

La Sezione conferma la sentenza oggetto di gravame, rilevando che la piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione dalla gara implica la decorrenza del termine decadenziale anche a prescindere dall'invio di una formale comunicazione ex art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici. Si ripete all'uopo quanto già riportato in precedenza, ovvero che l'art. 120 comma 5 c.p.a. non detta modalità esclusive o tassative di comunicazione, e va invece interpretato alla luce del principio generale della piena conoscenza dell'atto, pur se avvenuta in forme diverse da quelle esplicitate dall'art. 79 codice degli appalti. Pertanto, appare sufficiente a determinare la piena conoscenza utile ai fini del decorso del termine per impugnare la presenza di un rappresentante della ditta concorrente alla seduta di gara nella quale è stata dichiarata l'esclusione della stessa. Allo stesso modo i giudici respingono la censura secondo cui la Commissione sarebbe priva del potere di emettere atti aventi efficacia esterna, giacché le si deve riconoscere il potere di escludere i concorrenti. Ancora errato secondo i supremi giudici sarebbe l'assunto secondo cui la comunicazione dell'esclusione al rappresentante da parte della non sarebbe idonea a far decorrere il termine di impugnazione, in quanto resa oralmente. Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, il verbale della commissione viene stilato contestualmente all'esame della documentazione delle imprese concorrenti e letto alla fine della seduta, sicché non essendo in contestazione la presenza del rappresentante della società durante l'intera seduta, la censura appare quantomeno pretestuosa. Parimenti non condivisibile la tesi secondo cui la deroga *al dies a quo* del termine di impugnazione contenuta nell'art. 120 c.p.a. rispetto alla comunicazione formale prevista dall'art. 79 del codice degli appalti non opererebbe quando l'amministrazione abbia comunque provveduto ad effettuare tale ultima comunicazione, bensì solo ove quest'ultima intervenga oltre i termini

indicati dalla norma.

[1] vd. FERRARI G., TARANTINO L., “Piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine per impugnare la aggiudicazione, Nota a sentenza T.A.R. Umbria, 09 settembre 2014, n. 448”, in “Osservatorio Amministrativo”,

[2] Cfr. FERRARI G., TARANTINO L., “Sul termine di impugnazione della esclusione da gara di appalto”, in “Osservatorio Amministrativo”.